

POR DOÑA MARIA MENDEZ, VIVDA DE don Alonſo de Queſada, y don Iuan Vazquez Meſsia, vezinos de la ciudad de Alcala la Real. En el pleyto.

CON

LAS MEMORIAS DEL Doctor don Iuan de la Canal.

En Granada, en la Imprenta Real. Año de 1638.




RETENDESE por parte de doña Maria Mendez se cõfirme la sentencia de vista, que confirma la del Alcalde mayor desta ciudad, en quãto por ella declarò no auer lugar el remate en el oficio de Regidor que possee don Iuan Vazquez Messia, con reserua de su derecho en cierta forma a las memorias.

Para lo qual se presupone, que por parte de don Pedro de Frias, vezino de Alcala la Real, en veynte y seys de Enero de 1614. años se pidio mandamiẽto de execucion contra Iuan Vazquez Messia, don Pedro de Pineda, don Pedro Serrano Pineda, y sus bienes, por la cantidad que cada vno auia recebido del principal del censo de 1U400. ducados que auian tomado del Doctor don Iuan de la Canal, por estar obligados vnos en fauor de otros de hazer la dicha redencion, y el Alcalde mayor de la dicha ciudad le mandó despachar, y se hizo en el oficio de Regidor, sobre que es este pleyto, que possee don Iuan Vazquez Messia, por 161U marauedis q̃ tocauan a pagar de su parte a dõ Pedro Serrano de Pineda, que fue el que le hipotecò, y se siguio la execucion, y se dio sentencia de remate para la dicha redencion, y para este efeto se pregonò, y le puso don Alonso de Quesada, marido que fue de la dicha doña Maria Mendez, que litiga, como interessado, por estar obligado juntamente cõ la dicha doña Maria a la euicciõ del, en fauor de Pedro Vazquez Messia, padre del dicho don Iuan Vazquez, y auerle citado para que se lo saneasse, y la postura que hizo fue en los 161U. marauedis, y mas los corridos que se deuiessen dellos, y se le rematò en la dicha cantidad, que todo montò 176U333. marauedis, que se depositaron en el depositario general, y

de

de alli se sacaron con fianças para traerlo a Granada, y entregarlo a la parte de las memorias, juntamente con mas cantidad, para la dicha redencion, como parece del testimonio, y autos executiuos, y cedula de deposito, que estan en este pleyto, pieça 3.

Tambien parece, que por Otubre de 1616. los patronos de las dichas memorias, con informació de vtilidad, y licencia del Ordinario, dan poder a Iuan de Tricio para cobrar este censo, y sus corridos, y para poder venderle, otorgar redencion con clausulas muy amplias, y en virtud del en veynte y vno de Enero de 1617. años otorga carta de pago y redencion en fauor del dicho don Pedro Serrano de Pineda, que hipotecò el dicho oficio, y de los demas obligados, y dize, que recibe diez mil y quinientos reales, los tres mil y cien reales por cuenta de corridos, y los siete mil y quatrocientos por cuenta del principal del dicho censo, y otorga redenció y finiquito de la dicha cantidad, y confiessa que recibe de don Pedro Serrano los cinco mil y tantos reales (que es el que hipotecò este oficio) y que es por mano de Francisco de Medina. Y alli se declara, que esta cantidad es la misma que tenia depositada don Alonso de Quesada del precio del dicho oficio.

Lo primero, porque este oficio se vendio por mandado de la justicia por pregones, y con la solénidad necessaria, para la redencion deste censo, a instancia de acreedor, y parte legitima, cō que quedò libre de la hipoteca por el remate y adjudicació que hizo el juez al comprador, Zeuallos, quæst. 820. num. 49. & 50. & sequent. vbi num. 54. *Et sic habui de facto in causa agitata contra Gregorium Ortiz de Soria, ad instantiam Dom. Mariæ de Pareja, gundisalui de la Monja vxoris, quæ fecit executionem pro bonis suis dotalibus contra bona ipsius mariti, quæ fuerunt alienata à quodam executore Regio ad recuperanda certa debita ipsius, & ipse tertius possessor se opposuit liti, & ostendit titulum venditionis factum post repetitionẽ dotis ipsius vxoris, & licét videretur*

videretur venditio litigiosa, quasi litè pendente facta, tamen quia alienatio, non fuit voluntaria, sed necessaria de mandato iudicis, & pecunia fuit soluta Regi, & alijs creditoribus defendi pignus fuisse liberatum ab hypotheca dotali, & executionem in eo factam fuisse nullã, & ita fuit iudicatum per iudicem ordinarium huius ciuitatis, & posteà in Supremo Regis consilio sententia fuit confirmata.

Feliciano, de censibus, lib.3.tom.2.cap.2.num. 14. ibi: *Sed quando adiudicatio fit á iudice, ritè, & rectè, nõ remanet ius hypothecæ alijs creditoribus, &c.* Y alli dize, que aunque el hecho del juez se juzgue por hecho de la parte, ex l. si ob causam iudicat. C. de euict. esta regla procede en quanto a obligarle, mas que en quanto a resoluer la hipoteca es diuerso, y lo puede hazer, vt patet, ibi: *Nec obstat, quod factum iudicis dicatur factum partis, quia ea regula vulgaris procedit quantum ad obligandum ipsum debitorem, &c,* Et inferius, ibi: *Non tamen procedit quantum ad resoluendam hypothecam, & auferendam alijs creditoribus, quia tùnc factum iudicis diuersum iudicatur, & non censetur factum partis.*

Dom. Franci sc. Hieronym. de Leon, in decis. Valentin. 70. num. 7. & 8. ibi: *Et ita fuit sublata hypoth[eca] in dicto nomine per curiam vendito.* Y lo mas que dize puede pretenderse es contra el precio que sucede en lugar de la cosa, y cita a Surd. decis. 306. num. 12. porque aunque regularméte in particularibus no proceda esta doctrina mas quando el precio se deposita por mandado de la justicia para hazer pago tacitamente, queda subrogado, y se presume que lo quieren los acreedores assi. Y tambien num. 9. dize, que por esta causa se manda al acreedor, a quien se paga, que dé fianças, de que pareciendo acreedor de mejor derecho, siendole mandado boluer el precio, lo hará, con lo qual dicitur extare pecunia, ex Franch. decis. 75. num. 9. Monter á Cueua, decis. 4. num. 27.

Guzman, de euict. quæst. 34. num. 35. & sequent. dize lo mismo, y aunque desde el num. 44. diga, que no ay cosa en el Derecho que no tenga contradicion, y trayga autores por ella, y trate de concor-

darlos, en caso que no solo se vendio la hipoteca judicialmente por pregones, si no que tambien interuino citacion personal del acreedor anterior, para este caso no es necessaria esta concordia, por auerse vendido este oficio para pagar el mismo cẽso, y auerse cõuertido el precio con efeto en la paga del, por ser llano, que aunque aya prohibiciõ de enagenacion de la hipoteca, con clausulas exuberantes de que la venta sea en si ninguna, con todo esso esta prohibicion no comprehẽde la venta por causa necessaria hecha por mandado de juez, Gregor. Lopez, in l.14. tit.13. partit.5. gloss. fin. ibi: *Et intellige si motá litè vendat, vt satisfaciat creditoribus, & re vera pretium soluatur, quia tùnc liberatur pignus.* Y lo mismo dizen todos los Autores citados arriba. Y seria cosa rigurosa que se huuiesse vẽdido este oficio para la paga del mismo censo, y el precio se huuiesse conuertido en la paga del, y durasse la hipoteca.

Quód adeò procedit, vt adueniente alio creditore etiam anteriore, non poterit fieri executio in re iam iudicialiter vendita, Zeuallos, dict. quæst. 8[illegible]0. num.49. & 50. ibi: *Vltimo pro complemento huius quæstionis, & pro declaratione, & limitatione præcedentis opinionis est animaduertendum, quod si debitor non ex libera voluntate fundum alienauerit, sed ex causa necessaria iudiciali, propter aliquod debitum ab ipso contractum præcepto iudicis ad petitionem creditorum bona alienentur, tùnc emptores horum bonorum sunt securi, & creditor virtute rei iudicatæ, non poterit in dictis bonis alienatis facere executionem, &c.* Y habla en terminos de cosa litigiosa, que no la podia vender el deudor pendiente el pleyto, y si lo hiziesse passa la via executiua contra la cosa en poder de qualquier tercero, aora supiesse, o no el litigio, ex Couarr. practicar. cap.15. num.7. Parlador. rer. quotidian. lib.2. cap. fin. 4. part. §.5. nu.6. & alijs. Y siendo en este caso la vẽta ninguna, y que passa al tercero, la via executiua lo limita quando la justicia vendio a instãcia de qualquier acreedor: y con razon, porque no haziendo la venta el litigante, o deudor, no se puede dezir que el vicio del litigio,



litigio, y prohibicion de vẽder que tiene el deudor, se entiende en caso que el juez vende a instãcia de acreedor legitimo, y en el deudor que hipoteca la cosa con pacto de no enagenarla parece mas llano, pues el no vá contra el pacto, ni vende, si no que contra su voluntad la vende el juez para pagar a su acreedor: vt tradit Guzman, vbi sup. num. 41. ibi: *Et in illa re vendita iudicialiter ab alio adueniente creditore, etiam priore non poterit fieri executio.* La razon es, porque la prohibicion de enagenar se entiende de la enagenacion voluntaria, y no de la necessaria. Y esto para que se pueda entrar executando parece llano.

Lo segundo, porque naciendo del mismo contrato, o de otro antecedente la causa necessaria de la venta, no solo en via executiua, mas ni en ordinaria, se puede molestar al comprador, ni pedirle nada, l. alienationes 13. ff. familiæ erciscund. ibi: *Alienationes enim post iudicium aceptum interdictæ sunt, dumtaxat voluntariæ, non quæ vetustiorem causam, & originem iuris habent necessariam*, Bart. in l. res 3. ff. quibus modis pignus, Angel. cõs. 243. num. 1. que habla en pacto de no enagenar, latè Tiraquell. de retract. conuention. §. 3. gloss. 1. numer. 11. Ioan. Garcia, de hypothec. post contractum, á nu. 6. aqui por la misma causa se vendio el oficio sobre que es este pleyto, de que oy se trata, porque fue para la satisfazion y paga del censo, y se conuirtio en ella, y aunque no alcançasse su valor a extinguir todo el cẽso, no por esso puede darse accion hipotecaria executiua cõtra el tercero posseedor del, de la misma manera q̃ si le huuieran vendido las memorias para hazerse pago de lo que se les deuia, pues no auia de seruir el valor en que se vendio para la paga, y quedar la hipoteca en pie, porque fuera engañar al comprador: authoritate iudiciali contra la regla de la l. si hypothecas, C. de remis. pignor. & l. 1. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt, & quæ tradit Guzman, de euict. dict. quæst. 34. num. 36. & sequentibus.

Lo

Lo tercero, porque tambien interuino la parte en la recepcion de la paga del precio, lo qual es bastante para que la hipoteca se extinguiesse: ex text. in l. si debitor 4. §. si in venditione, vers. *Sed etsi non concesserat*, ff. quibus modis pignus, ibi: *Sed etsi non cõcesserat pignus venundari, sed ratam habuit venditionem idẽ erit probandum*. Y basta auer recebido el precio, cum receptio pecuniæ inducat approbationem contractus, l. si hominem, §. quoties, ff. de positi, ibi: *Igitur si bona venierint depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vél posteá vsuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiauerint deposito*, l. si per vim, vbi Doctores, C. de his quæ vi, l. de lege, §. fin. ff. de lege commissoria, l. 2. C. de iur. domin. impetrãd l. 1. §. si quis, pignus, ff. de separat. ibi: *Si quis pignus ab hærede acceperit, non est ei concedenda separatio, quasi eum sequutus sit, neque enim ferendus est, qui qualiter qualiter eligentis tamen mente, hæredis personam sequutus est*. Y sola la ciencia, interuiniendo algun acto, por el mismo caso que no se reprueua se induze aprouacion: l. filius familias, ff. ad Macedonian. cum similibus, Bart. in l. quo enim, §. rem habere, ff. rem ratam haberi, num. 1. ibi: *Quandoque superuenit scientia cum aliquo actu, vt cum præsentatione literarum, vél instrumenti, & dominus recipit, & tùnc, non improbare, est approbare, &c.* Calcan. cons. 22. num. 8. ibi: *Ita ergo ad propositum nostrum, cum Philippus insolutum dederit nomine suo proprio, & nomine Thadei Fratris sui cum thadeus, hoc sciuerit, & non improbauerit illam vẽditionem approbaße videtur*. Estas doctrinas son a proposito para este caso, en el qual se halla vendido judicialmente este oficio para la satisfazion, paga, y redencion deste censo, y depositado el precio mas de vn año antes que se hiziesse la redencion, y el poder que dieron los patrones fue mucho tiempo despues del deposito, y aunque auia otro poder antes no se vsô del, por no ser bastante, y dieron este vltimo con licencia del Ordinario, e informacion de vtilidad: conjeturas euidentes y ciertas de que supieron los patrones que estaua depositado este dinero, pues embiaron a la cobrança

brança con poder para otorgar redenció darse por entregados del, y otras clausulas exuberantes, que no eran necessarias para cobrar los reditos.

A lo qual se junta, que en la misma carta de pago y redenció se haze relacion del recibo del dinero depositado, y que era el mismo que se depositò por don Alonso Quesada, con lo qual ni el que lo recibio con poder bastante, ni los patronos, pudieron ignorarlo, auiendo passado tan largo tiempo desde entonces hasta ora, ni lo ignoraron, pues solo piden los reditos de la demas cantidad que no está redimida, con que la ciencia está descubierta y clara.

Contra esto se oponē dos cosas por la otra parte. La vna, que en la redencion se dize, que se haze sin perjuyzio de su derecho, para cobrar lo demas que queda por redimir deste censo, y que esto fue consentir, salva pignoris causa, que basta para que la hipoteca quede en su estado, dict. l. si debitor, §. si in venditione, ff. quibus modis pignus, ibi: *Nisi salva causa pignoris sui consensit, vél venditioni, vèl cæteris, nàm solent multi salva causa pignoris sui consentire.*

La otra, que aunque fuesse consentimiento llano, siendo remission de hipoteca en fauor de obra pia, era necessaria solemnidad para ello, ex text. in l. si consensit 7. ff. quibus mod. pignus, y que aqui no la huuo.

A lo qual se satisfaze. A lo primero, que aqui no dixo ni podia dezir la otra parte que quedasse en el oficio vendido la hipoteca en pie, assi porque ya estaua hecha la venta mucho tiempo antes, y fuera conferir en tiempo inhabil la duracion de la hipoteca, que con la paga y deposito del dinero estaua extinguida: argument. text. in l. stichus seruus meus 39. ff. de manumis. testament. & ex his quæ tradit Stephan. Gratian. disceptat. forens. lib. 1. cap. 167. num. 3. como porque no se dixo en la carta de pago y redencion que se hazia sin perjuyzio de la hipoteca del oficio y venta que del estaua hecha, ex dict. §. si in venditione.

Tambien se responde, que este texto habla en el que consiente en la venta no para pagarle, porque si el consentimiento para vender fuesse para pagar al acreedor, y se le pagasse con efeto la hipoteca, se extingue, ex ipso met text. in dict. l. si debitor, §. si in venditione, vers. *Sed etsi ipse*, y aun entonces es necessario que se diga por el acreedor, que no se aparta del derecho de la hipoteca, si no es q̃ con efeto se le satisfaga el precio, vt patet, ibi: *Sed etsi ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit ne discederet á pignore, nisi & satisfiat, dicendum erit exceptionem ei non nocere.*

Præterea, no se puede dezir que vendiendose la hipoteca para la paga de vna deuda, y pagandose el precio della al acreedor dure, ni que pueda consentir en la venta, salva pignoris causa, porque esta protesta obra en el consentimiento que se dá al deudor para enagenarla para otro efeto, en cuyos terminos habla el dicho §. in venditione: mas quãdo se vende para pagar al acreedor, y recibe el precio, aunque lo protestara, no fuera de importancia, porque fuera protesta contraria al hecho, que no aprouecha, Oldrald. cons. 106. num 10. vers. *Ad sextam*, & cons. 302. num. 10. Bald. cons. 489. lib. 3. Tusch. commun. conclus. tom. 6. liter. P. conclus. 944. y quãdo se haze la protesta despues del hecho tampoco aprouecha, y aqui estando mucho tiempo antes vendido este oficio judicialmente, qualquier protesta que se hiziesse no podia quitar el derecho adquirido al tercero, y era necessario hazersela notoria, ex Bald. dict. cons. 489. in princip. y aun no le pudiera causar perjuyzio: porque recebir el precio del oficio por vna parte, y por otra protestar que dure la hipoteca del, fuera cosa contraria, y vn absurdo muy grande, y assi, o no auia de recebir el precio, o entender que quedaua el oficio libre de la hipoteca, pues fuera engaño lo demas: y de qualquiera manera que sea no se hizo en este caso en razon de la vẽta, y precio del dicho oficio, protesta alguna, si no en razon de lo que quedaua

daua por redimir del censo, para cobrarlo de los obligados a la paga del.

En quanto a lo segundo, de que el consentimiento de la venta no puede obrar remission de la hipoteca, por ser bienes de obra pia, sin solemnidad, ex dict. l. si consensit 7. ff. quibus modis pignus. Se responde. Lo vno, que no estamos en caso de remission de hipoteca, si no de redencion de censo impuesto sobre ella. Lo otro, que huuo poder bastante, o informacion de vtilidad, y licencia de la justicia, y aunque estuuieramos en el mismo caso interuino la solemnidad necessaria. Lo otro, porque aun en caso que no interuenga la solemnidad necessaria, basta que la justicia mande vender la hipoteca para satisfazion y paga de la deuda del menor, como aqui sucedio, que es limitacion que pone la misma l. si consensit, in fine, principij: porque dize, que si consintio el acreedor en la venta de la cosa hipotecada a su deuda, queda libre de la hipoteca, y que si era menor no basta su consentimiento sin el tutor, si no es que le sea vtil la venta, o que el juez la mande hazer para satisfazerle y pagarle: luego siendo en nuestro caso mandada hazer por el juez la venta para la satisfazion y paga del censo de la obra pia, no fue necessaria solemnidad para el consentimiento della?

Reconociendo la dificultad se replica por la otra parte, que en quanto a la cantidad recebida por la obra pia, que quedará extinguida la hipoteca y extenuada, mas que valiendo mas este oficio de aquello en que se remató, podrá la obra pia vsar del derecho de su hipoteca en el residuo.

A lo qual se satisfaze, que la venta se hizo por pregones publicos, y en mayor ponedor, y que al tiempo della no valia mas el oficio, y de los autos no consta lo contrario: ni es bastante dezir que se auia vendido antes en mas cantidad, porque el valor se ha de regular conforme al tiempo de la venta: l. si voluntate, C. de rescindend. cap. cum dilecti, de emption. & vendit. Bart. in l. 2. C. de rescindend.

vendit.

vendit. & in l.3. §. Diui, ff. de iur. fisci, vbi communiter Doctores, & in l. pretia rerum, ff. ad legem falcid. Pinel. de rescindend. 3. part. l. 2. cap. 4. num. 15. & passim Doctores.

Tambien se satisfaze, que el extenuarse la hipoteca, o prenda por parte, es quando el acreedor fue percibiendo della los frutos, los quales extinguen prorata la suerte principal: iuxta tradita per Scobar, de ratiocin. computat. 14. & notat Bart. in l. rescriptum 12. §. si aliena, ff. de distract. pign. ibi: *Quidquid ex re pignorata, vél eius ocasione consequitur creditor pignus extenuat.* Mas quando se recibe el precio de la venta de la cosa hipotecada, se extingue la hipoteca, como queda dicho: & tradit ipse Bart. in l. creditor 13. ff. de distract. pignoris, num. 2. ibi: *Ex quibus nota, quod illud, quod est dictum supra lege proxima, quod quando pretium ad creditorem peruenit debitor liberatur est; verúm si res est tradita emptori, aliâs secus.* Y en el sumario del num. 2. lo dize mas claro, his verbis. *Pignoris venditi si pretium peruenit ad creditorem debitor liberatur, si pignus tradatur emptori.* Demanera, que no solo se prueua nuestro assumpto, mas tambien que es necessario para que el precio se haga del acreedor, que la cosa hipotecada se entregue al comprador, que son los terminos del contrato de venta, que el vno ha de entregar el precio, y el otro la cosa, l. ex empto 11. vbi gloss. verbo, *facere*, ff. de action. empti, cum similib. Menchac. quæstion. cap. 50. in princip. Caldas Pereyra, de emption. & vendit. cap. 22. num. 25. cum alijs. Y deuiendo entregarse la cosa hipotecada al comprador, no se puede dezir que dure la hipoteca.

Tambien se replicò, que para que la hipoteca quede libre no basta dar el valor della, si no que es necessario que se pague enteramente la deuda, l. si fundus, §. in venditione, ff. de pignor. cum similibus. Porque se satisfaze, que el dicho §. procede quando se trata de auocar del tercero la prenda, o hipoteca, porque tiene obligaciõ de dexarla, o pagar enteramente la deuda, si no es que esté la cosa

muy

muy mejorada é incorporada, demanera que sin graue daño no se pueda restituir, porque entonces cumple con pagar el valor della, vt ex Moroscio, de arte oferend. Socin. sen. consil. 224. nu. 2. lib. 2. Vincenc. de Franq. in decis. 38. num. 2. & alijs tradit Fontanel. de pactis nuptialib. tom. 1. clausul. 4. gloss. 18. part. 2. num. 90. Eduard. variar. lib. 1. cap. 8. num. 3. vbi latissime Gaspar Anton. Thesaur. quæst. forens. lib. 1. quęst. 71. num. 5. & est text. in l. 2. C. de prædijs nauicul. lib. 11. vbi Bartol. & DD. communiter.

En este caso es muy diferente, porque en èl no se trata de auocar la cosa por la hipotecaria, sino de venta hecha judicialmente, por la qual el comprador no tuuo mas obligació de pagar el precio del remate, y cumplio con el tenor del, y se entregò el precio al acreedor que lo recibio, y no puede aora (auiendo elegido el precio) pedir q̃ se le pague enteramente la deuda: y asi la question del que vsa del derecho de ofrecer, que tiene obligacion de pagar la deuda, ò dexar la hipoteca, no viene a este caso, ni se puede aplicar a el.

Præterea, como queda dicho, aqui no se â tratado de auocar la hipoteca del tercero, pidiendo la dexe, ó pague la deuda (que es juyzio ordinario) sino de vn executiuo por los corridos del resto deste céso, en el qual se haze remate de los bienes para hazêr pago, y puede el deudor sacarlos dentro de nueue dias siendo raizes, y los muebles dentro de tres, y apelando, se admite en qualquier tiempo por la restitucion graciosa, ex Couarruu. lib. 2. variar. cap. 11. num. 3. Padila, in l. 2. C. de rescind. num. 32. Giurb. in decis. 105. num. 14. Gutierr practicar. lib. 4. cap. 69. num. 16. Y no se puede obligar al deudor a que pague mas de aquello enque se remataron estos bienes, lo qual es lo que se hizo en este caso quando se rematò el oficio para la paga del principal y reditos del que era deudor el que lo hipotecó; luego no se puede tratar aora este juizio de q̃ pague el pos-

 seedor

ſeedor la deuda enteramente, ô dexe la hipoteca.

Tambien ſe opone por la otra parte, que fue ſimulada y fingida eſta venta, y aſsi ſe deue preſumir por auerſe quedado el poſſeedor de la hipoteca en ſu poſſeſsion deſpues della, ex l. ſicut, §. ſuper vacuum, ff. quib. mod. pig. y que a lo menos vuo fraude en ella, porque no deſembolſó el poſſeedor nada, ſi no el vendedor que lo recuperò deſpues, y aſsi la hipoteca deſte oficio quedó en el miſmo eſtado que de antes. A que ſe ſatisfaze con facilidad, que conſta por los autos, que el remate fue real y verdadero, y que quien puſo eſte oficio, y pagó el precio, y le depoſitô fue don Alonſo de Queſada obligado a la euiccion del, en fauor de Pedro Vazquez Meſsia, padre de don Iuan Vazquez que oy lo poſſee, y ſe lo entregó. Y ceſa en eſte caſo preſuncion de ſimulaciõ, pues no ſolo el tercero obligado a la euiccion, ſino tã bien el miſmo poſſeedor, ò deudor, puede redimir la hipoteca, como expreſſamente lo dize el texto in dict. §. ſupervacuum, ibi: *Niſi quod poteſt fieri, vt debitor permiſſus creditoris vẽdiderit; deinde poſtea bona fide redemerit ab eodem, vel ab alio, &c.* Bart. ibi, & in §. videamus, in princip. ff. quib. modis pign. ibi: *Oppon. quod hæres non poſſet hipothecaria conueniri, quia non poſſet, & ipſe debitor ſi poſt venditionem ipſam rem redemerit, vt ſupra proximo, §. & C. de remiſ. pignor. l. fin.* Y eſte texto en la dicha l. fin. es ſingular, porque dize, que quando el acreedor conſiẽte la venta de la hipoteca, aunque deſpues buelua a poder de ſu deudor, no ſe reincide en la hipoteca: lo qual en el caſo preſente es llano, porque el poſſeedor deſte oficio no eſtaua obligado a las memorias por no auer contratado, ni eſtar obligado en el cenſo, ni ſer heredero de los obligados a el, ſino ſolo poſſeedor; y no puede reincidir por la general obligacion en la hipoteca, porque cõtra el no ay mas hipoteca de la eſpecial. Y no procede la regla de la l. fin. quæ res pignori obligari poſſunt, que dize ſe comprehenden en la general

obliga-

obligacion los bienes que despues se adquieré por las personas obligadas en el contrato.

En quanto se dize, que se recobrò el precio del vendedor despues, no es de importancia para este pleyto, porque no porque se cobrasse el precio de la hipoteca del vendedor, por estar obligado a la euicció, estando extinta reuiue por està causa, pues no abrarà nada la euiccion si cada vez que la redimiesse se la pudiessen sacar, & ius semel extinctum non reuiuiscit, l. nihil interest, vbi Salicet. C. de solut. l. qui res, §. aream, ff. de solut. cum similibus, vbi Doctores, Augustin. Barbosa, axiomat. 9. n. 1.

En quanto al fraude que se pretende no consta que le huuiesse, y quien se funda en el lo ha de prouar, l. quoties, §. qui dolo, ff. de probat. cum alijs, latè Mascard. de probat. conclus. 532. num. 9. y esto no es de la via executiua, para lo qual es a proposito el text. in l. si vir 18. ff. quæ in fraudem, donde se prueua, que aunque se pretenda que la remission de la hipoteca fuesse en fraude, no por esto se ha de entrar por via executiua, si no por accion reuocatoria ordinaria: vt tradit Ioan. Garcia, de hypotheca post contractum, num. 17. Y aqui no ay ni puede prouarse fraude, ni lo es dezir que valia mas la hipoteca de aquello en que se rematò, pues fue venta necessaria: quia quæ fiunt ex necessitate, non dicuntur fieri in fraudem, Gozadin. cons. 97. num. 15. Rota, decis. 5. de restit. spoliat. in noui. Flam. Paris. de resig. benef. lib. 2. q. 3. n. 40.

Demas de lo qual se deue considerar, que no ay via executiua contra este oficio, por auerse vendido y rematado judicialmente, y recebido el precio las obras pias, y estar en poder de tercero desde el año passado de 1614. que se hizo el remate, Rebuff. ad leges Galicas, tit. de literis obligator. art. 2. gloss. 1. num. 63. Auiles, in cap. 10. Prætor. gloss. verbo, *execucion*, num. 56. Parlad. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 4. part. § 5. num. 1. & 2. & pluribus relatis Rodriguez, de execut. cap. 4. num. 45. vers. *Verúmtamen.*

Lo qual procede segun los autores alegados,

aora sea por accion real, e hipotecaria, o por accio personal, Felician. de censibus, lib. 3. cap. 4. n. 6.

Contra esto se opone, que la hipoteca deste oficio fue con clausula de no enagenar, y que se juzga como si estuuiesse en poder del que le obligò, y se puede executar en el: ex vulgat. text. in l. si creditor, §. fin. ff. de distract. pignor. regia, l. fin. tit. 5 partit. 5. Rodriguez, dict. cap. 4. num. 47. A lo qual se satisfaze, ex sequentibus.

Lo primero, q̃ la clausula de no enagenar obra solo por causa voluntaria, vt diximus supra, ex text. in l. alienationes, ff. famil. erciscund. & ex pluribus. Y la enagenacio que se hizo deste oficio fue por causa necessaria, y por el mismo cotrato, y que recibiero el precio las memorias, y no han pedido en mas de veynte años cotra este oficio, y no se como puedan entrar executando en el, auiendo precedido lo que queda dicho.



Lo segundo, porque quando se vende la hipoteca, o se le entrega al acreedor anterior para pagarle, se juzga por causa necessaria, de tal manera que no pueden los demas acreedores impugnar la venta, y solo les queda el derecho de ofrecer, aunque en su fauor tengan qualquier hipoteca, l. 1. C. si antiquior creditor pign. vendid. & ibi Salicet. Negusant. de pignor. 3. membro, 5. partis principalis, nu. 1. Afflict. decis. 26. Anton. Thesaur. decis. 157. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 121. num. 1. & 2. ibi: *Quæ sententia, & iuris regula locum habet, etiam si debitor ipsi priori creditori, pro eius credito rem ipsam hypothecatam dedit insolutum, vel vendidit*, Vincent. de Franch. in decis. 12. vbi Amendola, in addition. ad intelligit, siué ex causa necessaria, siué voluntaria id fiat, & in decis. 69. Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 269. num. 30. pudiendo, pues, el deudor, aũque sea voluntariamente, vender la hipoteca para pagar al acreedor anterior, o entregarsela, para que se haga pago, sin que los demas acreedores hipotecarios posteriores puedan impugnar la venta, aunque la hipoteca tenga qualesquier clausulas en su

fauor

fauor, quando se vende para pagar al mismo acreedor, y recibe el el precio : como podrá el mismo impugnar la venta, o entrar executando sin hazer caso della, que es mucho mas.

Lo tercero, porque ay prescripcion legitima cõ titulo, y buena fee, y tiempo bastante para ella: ex text. in l.1.C. si aduersus creditorem, l.39. tit.13. partit.5. l.27. tit.29. partit.3 Balb. de præscript. 4. part. 4. partis, quæst.3. Roland. cons.79. num.7. volum.1. Gomez de Leon, cent.50. Azeued. in l.6. tit.15. lib. 4. Recopiliat. Felician. de cens. lib.3. cap.4. Petrus Gilchen. de præscript. 3. part. cap.13. num. 155. Stephan. Gratian. decis.15. num. 2. & sequent. Petrus Barbos. in l. sicut, C. de præscript. 30. vêl 40. annor. n.180. & sequent.

La duda en los censos viene a ser desde quando corre la prescripcion, porque conforme a la opinion de Angelo dize, que ha de correr desde el dia que se hizo excusion en el principal deudor, y Casane. in consuetud. Burgund. Rubric. 11. tit. de çens. §.2. num.36. dize, que el acreedor está impedido de cobrar de los demas bienes, y que corre desde el dia que se cessó en la paga. Otra opinion, y la mas cierta, es, que comiença a correr la prescripcion de la hipoteca á die adeptę possesionis per tertium, licêt non præcedat excusio in alijs bonis, nec cessatum sit in solutione, Speculator, tit. de prętscript. §. 1. n.14. Felician. de censibus, 1. p. lib.3. cap.4. n.12. & sequentibus, vbi alios refert, ibi : *Quo circa dicendum securè videbatur tertium possessorem rei affectæ onere cẽsus, cum tit. & bona fide decem annis inter præsentes, & viginti inter absentes præscribere ius, & hypothecam census, omninoque liberari, & á sorte, & ab vsuris.* Et ibi: *Secunda opinio est hanc præscriptionem incohari, & incipere ab eo die, quo tertius possessor cœpit rem ipsam, census onere affectam possidere, quæ quidem sententia ex numero, & authoritate Doctorum videtur esse crebior, &c.* Ant. Faber, in C. lib.8. tit. 6. de pignor. diffinit.38. Ioan. Gutierr. vidẽdus practicar. lib.1. q.90 n.3. & 4. Stephan. Gratian. in d. decis.15. n.2. & sequẽt. Petr. Barbos. in d. l. sicut. n 180 & sequent.

& sequent. maximé n. 188. & 189. Y aunque Auendaño, de censibus, cap. 105. sea de contraria opiniõ, es mas comun la que queda referida.

De qualquiera manera que sea, en este caso no puede auer duda en la pretension desta parte, porq̃ estamos en venta judicial, hecha para pagar al mesmo acreedor, el qual recibio el precio, y estuuo mas de veynte años sin pedir nada al tercero q̃ posseia este oficio, y assi en via executiua no es disputable, ni aun en ordinaria se puede admitir, y los Autores no tratan este caso, como cosa en q̃ no puede auer duda, como tampoco no la ay en que tuuiessen ciẽcia los patronos de la venta y remate deste oficio, auiendo recebido el precio del tanto tiempo ha, y dado poder bastante con informacion de vtilidad, y licencia de la justicia, para la redencion, despues del deposito del dinero, y auiendo en las demas circunstancias que quedan consideradas, y constã de los autos, con que se haze euidente y llana la justicia desta parte, y deuerse juzgar en su fauor, sin dar lugar a que este oficio se remate y venda dos vezes por vna mesma causa, auiendose conuertido el precio en la satisfazion y paga deste censo. Y assi se espera. Salva V. D. C. &c.

Lic.do Manuel [illegible]